

## Was kommt nach dem Altersphasenmodell?

Die Erwerbsverpflichtung des alleinerziehenden Elternteils im Unterhaltsrecht und im Recht der Grundsicherung (SGB II)

*Friederike Wapler*

Die Frage, ob und in welchem Umfang Alleinerziehende neben der Kinderbetreuung verpflichtet sind, erwerbstätig zu sein, stellt sich parallel in zwei Rechtsbereichen: im Unterhaltsrecht bei der Bemessung des Betreuungsunterhalts<sup>1</sup> und im Sozialrecht bei der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit.<sup>2</sup> Der folgende Beitrag untersucht anhand der neueren Rechtsprechung, nach welchen Kriterien die Erwerbsobliegenheiten Alleinerziehender im Sozial- und im Unterhaltsrecht jeweils beurteilt werden und ob sich daraus allgemeine Grundsätze ableiten lassen, die für beide Rechtsbereiche gelten.

### *1 Die rechtlichen Regelungen im Sozial- und Unterhaltsrecht*

#### 1.1 Sozialrecht (SGB II und SGB XII)

Das Recht der Grundsicherung (SGB II) ist von dem Leitgedanken geprägt, dass Personen, die nach sozialrechtlichen Kriterien hilfebedürftig und erwerbsfähig sind, grundsätzlich jede Arbeit zugemutet werden kann. Von diesem Prinzip gibt es einige Ausnahmen, von denen eine die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit betrifft:<sup>3</sup> Nicht zumutbar ist eine Arbeit dann, wenn ihre Ausübung die Erziehung eines eigenen Kindes oder des Kindes des Partners »gefährden würde«. Zur Frage, wann die Erziehung eines Kindes »gefährdet« ist, enthält die Norm einen Auslegungshinweis: »[...] die Erziehung eines Kindes, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, ist in der Regel nicht gefährdet, soweit seine Betreuung in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege [...] sichergestellt ist [...].« Die Regelung findet sich für die Sozialhilfe nahezu wortgleich in § 11 Abs. 4 S. 2–3 SGB XII. Beide Normen gelten nicht nur für alleinerziehende Eltern, sondern für alle Personen, die nach sozialrechtlichen Kriterien hilfebedürftig sind und mit Kindern in einem Haushalt leben.

1 § 1570 und § 16151 BGB.

2 § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II bzw. § 11 Abs. 4 S. 2–4 SGB XII.

3 § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II.

## 1.2 Unterhaltsrecht

Das Familienrecht schreibt Eltern grundsätzlich nicht vor, wie sie Kinderbetreuung und Erwerbsarbeit zu organisieren haben.<sup>4</sup> Kommt es aber bei getrenntlebenden bzw. geschiedenen Eltern zum Konflikt, stehen die Familiengerichte als Schlichter zur Verfügung. Im Unterhaltsrecht müssen sie die unterschiedlichen Lebensbedingungen und Interessen des unterhaltsberechtigten und des unterhaltspflichtigen Elternteils in Ausgleich bringen und dabei das Kindeswohl als zentrales Kriterium berücksichtigen. Wenn ein alleinerziehender Elternteil wegen der Betreuung eines gemeinsamen Kindes nicht oder nicht in Vollzeit erwerbstätig sein kann, hat er einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB (bei ehelichen Kindern) oder § 1615I BGB (bei nichtehelichen Kindern).<sup>5</sup> Die Voraussetzungen dieser Ansprüche wurden mit der Reform des Unterhaltsrechts zum 1. Januar 2008 grundlegend neu gestaltet.

### 1.2.1 Die Rechtslage vor der Unterhaltsrechtsreform

Bis zum 31. Dezember 2007 waren die Voraussetzungen für den Betreuungsunterhalt für eheliche und nichteheliche Kinder sehr unterschiedlich geregelt: Ein Elternteil aus geschiedener Ehe hatte nach der Scheidung einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt, »so lange und so weit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden«<sup>6</sup> konnte. Die Rechtsprechung hatte zur Auslegung dieser Vorschrift das sogenannte »Altersphasenmodell«, auch »0/8/15-Modell« genannt, entwickelt. Danach galt eine Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung bis zum achten Lebensjahr des Kindes als in der Regel gar nicht zumutbar, bis zum 15. Lebensjahr wurde eine Teilzeitbeschäftigung verlangt und erst im Anschluss daran eine Vollzeitbeschäftigung (vgl. Bruder Müller 2007: § 1570 BGB Rn. 8). Ganz anders war die Rechtslage für die Eltern nichtehelicher Kinder: Der betreuende Elternteil eines nichtehelichen Kindes hatte einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nur in den ersten drei Lebensjahren des Kindes.<sup>7</sup> Über dieses Alter hinaus konnte Betreuungsunterhalt allenfalls dann geltend gemacht werden, wenn es »grob unbillig« gewesen wäre, ihn zu versagen. In der Praxis wurde dies nur in besonders schwerwiegenden Fällen angenommen, etwa

- 4 Noch bis in das Jahr 1976 galt allerdings § 1356 BGB, der für die Ehefrau klar die vorrangige Rolle der Haushaltsführung vorsah: »Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.«
- 5 In den Entscheidungen aus dem Untersuchungszeitraum wurde Betreuungsunterhalt nur von Müttern verlangt, die nach der Trennung bzw. Scheidung die gesamte Kinderbetreuung übernommen hatten. Zum unterhaltsrechtlich ebenfalls hochproblematischen »Wechselmodell«, bei dem die Eltern sich die Betreuung teilen, siehe den Beitrag von *Schürmann* in diesem Band.
- 6 § 1570 BGB a.F. (in Kraft bis zum 31.07.2008).
- 7 § 1615I Abs. 2 BGB a.F. (in Kraft bis zum 31.07.2008).

wenn eine Frau mehrere gemeinschaftliche Kinder zu betreuen hatte oder wenn ein Kind schwer behindert war (vgl. Diederichsen 2007: § 16151 BGB Rn. 13).

## 1.2.2 Die Rechtslage nach der Unterhaltsrechtsreform

Im Februar 2007 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die Regelungen zum Betreuungsunterhalt wegen der unterschiedlichen Behandlung ehelicher und nicht-ehelicher Kinder gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstießen und daher verfassungswidrig waren.<sup>8</sup> Mit der Unterhaltsrechtsreform zum 1. Januar 2008<sup>9</sup> hat der Gesetzgeber dieser Kritik Rechnung getragen und die Unterhaltsansprüche der Elternteile ehelicher und nichtehelicher Kinder angeglichen. Bei beiden Gruppen besteht ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt nunmehr unter folgenden Voraussetzungen:<sup>10</sup> Ein sogenannter ›Basisunterhalt‹ kann regelmäßig bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes verlangt werden. Über diesen Zeitpunkt hinaus verlängert sich der Unterhaltsanspruch nur dann, wenn es der ›Billigkeit‹ entspricht. Ebenso wie im Sozialrecht markiert der dritte Geburtstag des Kindes nun also für Eltern ehelicher wie nichtehelicher Kinder auch unterhaltsrechtlich eine deutliche Zäsur. Begründet wird dies u.a. mit dem Anspruch auf einen Kindergartenplatz für Kinder ab drei Jahren.<sup>11</sup>

## 2 Ausgestaltung der Erwerbsobliegenheit in Rechtsprechung und Praxis

Für diesen Beitrag habe ich 27 familien- und sozialgerichtliche Entscheidungen analysiert, die bis zum 5. Januar 2010 in Zeitschriften und Datenbanken veröffentlicht wurden bzw. zu denen (in zwei Fällen) Pressemeldungen mit Inhaltsangaben vorlagen. Der Untersuchungszeitraum beginnt mit der letzten großen Reform in dem jeweiligen Rechtsbereich: Im Sozialrecht war dies die Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe zum 1. Januar 2005, im Familienrecht die Unterhaltsrechtsreform zum 1. Januar 2008. Obwohl der untersuchte Zeitraum im Sozialrecht deutlich länger ist, war es fast unmöglich, für diesen Rechtsbereich Entscheidungen zur Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung zu finden.<sup>12</sup> Im Gegensatz dazu sind seit dem 1. Januar 2008 zahlreiche Entscheidungen zum Betreuungsunterhalt ergangen – zumeist Anträge auf Abänderung bestehender Unterhaltstitel –, anhand derer zumindest erste Trends in der Rechtsprechung aufgezeigt werden können.

8 BVerfGE 118, 45–79.

9 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007, BGBl. I S. 3189.

10 §§ 1570, 16151 BGB n.F.

11 § 24 SGB VIII. Vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 31.

12 Zu der Frage, wann ein betreuender Elternteil sozialrechtlich als alleinerziehend gilt und einen Anspruch auf den entsprechenden Mehrbedarfzuschlag gem. § 21 SGB II hat, vgl. den Beitrag von *Wersig* in diesem Band.

## 2.1 Die Erwerbsobliegenheit im Sozialrecht

Die vorhandenen empirischen Untersuchungen zum Recht der Grundsicherung zeigen, dass rund die Hälfte aller sozialrechtlichen Bedarfsgemeinschaften mit Kindern Ein-Eltern-Familien sind, obwohl deren Anteil an den Haushalten mit minderjährigen Kindern nur 18 Prozent beträgt (vgl. Lietzmann 2009: 1). Etwa 96 Prozent dieser Alleinerziehenden sind Frauen (vgl. ebd.: 3; Dietz u.a. 2009: 7). Unabhängig vom Geschlecht sind Alleinerziehende im Durchschnitt länger auf Leistungen der Grundsicherung (>Arbeitslosengeld II<) angewiesen als Hilfebedürftige in anderen Haushalten (vgl. Graf/Rudolph 2009: 6). Männern gelingt es dabei häufiger als Frauen, ihre Abhängigkeit von Sozialleistungen zu beenden (vgl. Lietzmann 2009: 6).

### 2.1.1 Erwerbsobliegenheit bei Kindern unter drei Jahren

Die Frage, unter welchen Bedingungen Eltern eine Erwerbsarbeit neben der Kinderbetreuung zugemutet werden kann, ist seit der Einführung des SGB II und des SGB XII im Jahr 2005 offenbar erstaunlich selten vor Gericht problematisiert worden. Mir lagen für diesen Zeitraum nur vier veröffentlichte Entscheidungen vor. Zwei davon befassen sich mit der Frage, ob eine Frau, die zur Geburt ihres Kindes ins Ausland fährt, die Agentur für Arbeit davon unterrichten muss, obwohl ihr im Mutterschutz eine Erwerbsarbeit unter keinen Umständen zugemutet werden kann.<sup>13</sup> In beiden Verfahren wurde bislang lediglich Prozesskostenhilfe bewilligt. Im Prozesskostenhilfverfahren werden nur die Erfolgsaussichten der Klage abgeschätzt. Eine endgültige Klärung der Rechtslage steht in diesen Fällen daher noch aus.<sup>14</sup>

In den beiden weiteren Entscheidungen zu § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II geht es um die Pflichten von Eltern mit Kindern unter drei Jahren. In einem Fall aus dem Jahr 2008<sup>15</sup> hatte der alleinerziehende Vater eines zweijährigen Sohnes sich nicht auf eine Vollzeitstelle beworben, die ihm vom Träger der Grundsicherung vorgelegt worden war. Daraufhin wurde sein Arbeitslosengeld II um 30 Prozent gekürzt. Im Klageverfahren machte der Mann geltend, eine Vollzeitstelle sei mit der Betreuung seines Sohnes ohnehin nicht vereinbar; insofern sei er auch nicht verpflichtet gewesen, sich zu bewerben. Das Sozialgericht (SG) Berlin und das Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg kamen in diesem Verfahren zu unterschiedlichen Bewertungen: Nach der Ansicht des SG kann eine Person, die Kinder unter drei Jahren zu betreuen hat, wegen § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II generell nicht zur Aufnahme einer Arbeit verpflichtet werden.<sup>16</sup> Das LSG hingegen vertritt die Auffassung, dass nach dieser Vorschrift auch Eltern mit Kindern unter drei Jahren grundsätzlich jede Arbeit zuzumuten ist, wenn sie nicht im Einzelfall die Erziehung des Kindes gefährdet.

13 Vgl. § 7 Abs. 4a SGB II.

14 LSG Nordrhein-Westfalen v. 24.08.2009, L 7 B 50/09 AS und L 7 B 51/09 AS.

15 LSG Berlin-Brandenburg v. 16.10.2008, L 5 AS 449/08.

16 SG Berlin v. 22.01.2008, 18 AS 11382/06. Die Entscheidung wurde nicht veröffentlicht, wird aber in dem in Fn. 14 genannten Urteil wiedergegeben.

Auch Eltern von Kindern im Krippenalter können demnach z.B. in einer Eingliederungsvereinbarung dazu verpflichtet werden, sich um Erwerbsarbeit zu bemühen. Nach Auffassung des LSG dürfen sie auch eine Vollzeittätigkeit nicht pauschal ablehnen, sondern müssen zumindest mit dem Arbeitgeber Kontakt aufnehmen und die konkreten Arbeitsbedingungen erfragen.

Die letztgenannte Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II ist entscheidend von dem ›Grundsatz des Forderns‹ geprägt, wie er als eines der tragenden Prinzipien des Grundsicherungsrechts in §§ 2, 10 SGB II formuliert ist.<sup>17</sup> Ausgehend von einem weit gefassten Begriff der ›Erwerbsfähigkeit‹<sup>18</sup> wird von sozialrechtlich hilfebedürftigen Personen jedenfalls grundsätzlich verlangt, dass sie alle denkbaren Möglichkeiten ausschöpfen, ihre Hilfebedürftigkeit zu überwinden. Setzt man dieses Prinzip absolut, so scheint das Leitbild des Grundsicherungsrechts der allzeit dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehende Erwerbstätige zu sein. Sorgearbeit, wie die Erziehung von Kindern, aber auch die Pflege von Angehörigen, taucht in diesem Bild allenfalls als Defizit der Erwerbsbiografie auf, das wo immer möglich zugunsten der ›Aktivierung‹ und der Eingliederung in die Erwerbsarbeit zurückgedrängt werden muss (vgl. Betzelt 2008: 2).

Jedoch hat § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II gerade den Zweck, Aspekten der Sorgearbeit *innerhalb* dieser Aktivierungsstrategie ein gewisses Gewicht zu verleihen. Man kann das Regel-Ausnahme-Verhältnis in dieser Vorschrift auch so lesen: Ab dem Alter von drei Jahren besteht die gesetzliche Vermutung, dass das Kind in öffentlichen Einrichtungen betreut werden kann, ohne dass die Erziehung dadurch gefährdet wird. Vor diesem Zeitpunkt steht es den Eltern frei zu entscheiden, wer ihr Kind betreut (vgl. Streichsbier 2008: § 10 SGB II Rn. 5 und § 11 SGB XII Rn. 12). Jede Form der Erwerbstätigkeit eines alleinerziehenden Elternteils ist dann als überobligatorisch zu werten.

Für eine solche Auslegung sprechen auch die Ziele des Grundsicherungsrechts, die in § 1 SGB II neben dem Grundsatz des Forderns formuliert werden. Dort heißt es ausdrücklich, die »familienspezifischen Lebensverhältnisse von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die Kinder erziehen oder pflegebedürftige Angehörige betreuen«<sup>19</sup>, seien zu berücksichtigen. Es besteht daher die Pflicht der Träger der Grundsicherung, bei der Ausgestaltung ihrer Leistungen – und damit auch der Obliegenheiten der Leistungsberechtigten – bestehende Sorgepflichten angemessen zu berücksichtigen. Die Bundesagentur für Arbeit trägt dem mit ihren im Internet veröffentlichten – rechtlich allerdings nicht verbindlichen – Fachlichen Hinweisen zu § 10 SGB II Rechnung. Dort heißt es: »Die Erziehung des Kindes steht der Zumutbarkeit einer Arbeitsaufnahme nicht entgegen, es sei denn dass das Kind das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet hat [...]«. (Bundesagentur für Arbeit 2008: Rn. 10.10). Folgerichtig können Eltern von Kindern unter drei Jahren dann auch nicht in einer Eingliederungsvereinbarung verpflichtet werden, sich um eine Erwerbstätigkeit zu bemühen.

17 Siehe auch die Gesetzesbegründung zu § 10 SGB II, BT-Drucks. 15/1516, S. 53.

18 § 8 SGB II.

19 § 1 Abs. 1 Nr. 4 SGB II.

Auch wenn sie freiwillig eine solche Vereinbarung unterzeichnen, kann ein Verstoß gegen sie nicht mit der Absenkung der Leistung sanktioniert werden. Denn zu dem Recht, die Betreuung eines Kindes unter drei Jahren frei zu gestalten, gehört auch das Recht, es sich jederzeit anders zu überlegen.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch das verfassungsrechtlich gewährleistete Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Denn § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II spricht nicht von einer Gefährdung des *Kindes*, sondern von einer Gefährdung der *Erziehung*. In der Ausgestaltung der Erziehung aber sind die Eltern nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weitgehend frei. Es ist ihre eigene und freie Entscheidung, ob sie ihre Kleinkinder selbst betreuen oder fremdbetreuen lassen, und wie sie die Betreuung untereinander aufteilen. Die Ausgestaltung des Sozialrechts hat diesem Primat des elterlichen Erziehungsplans Rechnung zu tragen. Wenn der Gesetzgeber für Kinder unter drei Jahren keine konkrete Regelung getroffen hat, so kann dies im Lichte von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nur bedeuten, dass die Erziehung des Kindes immer dann gefährdet ist, wenn die angebotene Arbeit sich nicht in den erzieherischen Gesamtplan der Eltern einfügt – mit der Konsequenz, dass Eltern von Kindern unter drei Jahren in der Entscheidung frei sind, ob und in welchem Umfang sie erwerbstätig sein möchten (vgl. Rixen 2008: § 10 SGB II Rn. 58; für Alleinerziehende vgl. auch Streichsbier 2008: § 11 SGB XII Rn. 12).

Dieser Vorrang des Elternrechts muss auch für die Frage gelten, welcher Elternteil das Kind in welchem Umfang betreut. In einer Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) zum Arbeitsförderungsgesetz hieß es 1991 in diesem Sinne noch, beide arbeitslosen Ehegatten seien als dem Arbeitsmarkt verfügbar anzusehen, wenn »jeder Ehegatte *bereit* ist, die Kinder [...] zu betreuen.«<sup>20</sup> Anders bewertete das LSG Hessen eine ähnliche Fallkonstellation in einem Fall aus dem Jahr 2006: Eine verheiratete Mutter zweier kleiner Töchter (ein und zwei Jahre) hatte sich in einer Eingliederungsvereinbarung verpflichtet, zehn Bewerbungen im Monat zu schreiben. Als sie kurz darauf erneut schwanger wurde, unterließ sie es, sich weiter zu bewerben. Daraufhin wurde ihr Arbeitslosengeld II um 30 Prozent gemindert. Die Frau führte aus, ihr ebenfalls arbeitsloser türkischer Mann habe – entsprechend seinem traditionellen Familienverständnis – kategorisch abgelehnt, die Kinder zu versorgen, falls sie eine Beschäftigung annehme. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Absenkung des Arbeitslosengeldes wurde vom SG Kassel abgelehnt; das LSG Hessen bestätigte diese Entscheidung.<sup>21</sup> Das zentrale Argument in beiden Beschlüssen lautet: Der sorgeberechtigte Ehemann sei den Kindern gegenüber zum Unterhalt verpflichtet. Daher müsse er ungeachtet seiner kulturbedingten Familienvorstellungen die Kinder betreuen, wenn seine Frau erwerbstätig sei. Das Gericht begründet seine im Vergleich zu der genannten BSG-Entscheidung strengere Haltung mit dem zwischenzeitlich eingeführten Grundsatz des ›Forderns‹ in § 2 SGB II: In Familien mit Kindern unter drei Jahren sei es jedem Elternteil zumutbar, eine Arbeit aufzunehmen, solange der andere »zur *Betreuung zur Verfügung steht*,

20 BSG FamRZ 1992, 813 [Hervorh. d. Verf.].

21 Hessisches LSG v. 29.09.2006, L 9 AS 179/06 ER.

zu der er nach dem Unterhaltsrecht verpflichtet ist<sup>22</sup>. Die *Bereitschaft* zur Kinderbetreuung spielt mit einem Mal keine Rolle mehr, was im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG außerordentlich zweifelhaft erscheint. Zumindest müsste doch wohl im Einzelfall dargelegt werden, dass die Erziehung *nicht* gefährdet ist, *obwohl* der andere Elternteil sich weigert, Betreuungsaufgaben zu übernehmen (vgl. auch Streichsbier 2008: § 10 SGB II Rn. 5). Darüber hinaus aber gebietet das Primat des Elternrechts, die Entscheidung der Eltern für die Betreuung durch einen ganz bestimmten Elternteil zu akzeptieren.

In den bereits erwähnten Fachlichen Hinweisen der Bundesagentur für Arbeit zu § 10 SGB II wird diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen inzwischen entsprochen: Seit der Fassung vom 30. Januar 2008 kann sich in einer Familie mit einem Kind unter drei Jahren zwar nur ein Partner auf die Unzumutbarkeit gem. § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II berufen; es steht den Eltern jedoch frei, wer von beiden die Kinderbetreuung übernimmt (Bundesagentur für Arbeit 2008: Rn. 10.10a). Offen bleibt dabei allerdings, wie mit Eltern umzugehen ist, die sich die Betreuung ihrer Kinder teilen. Nimmt man das elterliche Erziehungsprimat ernst, muss man auch für solche Lösungen offen sein, solange die Eltern bereit sind, gemeinsam das Arbeitspensum abzudecken, das von einem der Elternteile verlangt würde, wenn er nicht an der Kinderbetreuung beteiligt wäre.

### 2.1.2 Erwerbsobliegenheit bei Kindern über drei Jahren

Für Kinder über drei Jahren geht der Gesetzeswortlaut von § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II, § 11 Abs. 4 S. 2, 3 SGB XII davon aus, dass eine Erwerbsarbeit dann zumutbar ist, wenn das Kind in einer Tageseinrichtung, in Tagespflege oder in sonstiger Weise betreut ist. Für Kinder im Grundschulalter muss nachmittags ein Hortplatz zur Verfügung stehen, denn auch sie können in der Regel noch nicht über längere Zeiten des Tages unbeaufsichtigt bleiben.<sup>23</sup>

Faktisch bedeutet dies, dass Eltern von Kindern zwischen drei und sechs Jahren nicht nur einen Anspruch auf einen Kindergartenplatz haben, sondern bei Arbeitslosigkeit auch verpflichtet sind, ihn zu nutzen. Auch bei ihnen steht daher der Grundsatz des ›Forderns‹ aus § 2 SGB II in einem Spannungsverhältnis zum Elternrecht – denn wenn es heutzutage auch allgemein üblich ist, Kinder zwischen drei und sechs Jahren in eine Tageseinrichtung zu geben, so haben Eltern grundsätzlich nach wie vor die Freiheit, nicht schulpflichtige Kinder zu Hause zu betreuen. Es verbietet sich daher, die Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit schematisch allein an vorhandenen Betreuungsmöglichkeiten zu messen. Einbezogen werden müssen auch die Erziehungsvorstellungen der Eltern, etwa im Hinblick auf das pädagogische Konzept oder auch die religiöse Ausrichtung der vorhandenen Einrichtungen (vgl. Rixen 2008: § 10 SGB II Rn. 61).

22 Hessisches LSG v. 29.09.2006, L 9 AS 179/06 ER [Hervorh. d. Verf.].

23 BVerwGE 98, 203 (zur alten Rechtslage, § 18 BSHG).

### 2.1.3 Und das ›Fördern‹?

Der Grundsatz des ›Förderns‹ erfährt nach diesen Überlegungen bei den Eltern von Kindern etwa bis zum Ende der Grundschulzeit erhebliche Einschränkungen. Für den für die Aktivierungsstrategie des SGB II eigentlich nicht minder wichtigen Grundsatz des ›Förderns‹ müsste dies nicht gelten, im Gegenteil: Vielen Eltern, die kleine Kinder betreuen, ist es wichtig, den Kontakt zum Arbeitsleben nicht zu verlieren – dies gilt für getrennt- wie für zusammenlebende Eltern. Flexible Fort- und Weiterbildungen, kinderfreundliche Beschäftigungsangebote oder auch die Vermittlung von Kinderbetreuungsmöglichkeiten können Eltern auch sehr kleiner Kinder dabei helfen, erwerbstätig zu bleiben oder sich weiterzuqualifizieren. Eine Auswertung der vorhandenen Arbeitsmarktdaten aus den Jahren 2005 bis 2007 hat ergeben, dass alleinerziehende Grundsicherungsempfänger durchaus Arbeitsmarktnähe zeigen: Schon aus der Gruppe der Alleinerziehenden mit Kindern unter drei Jahren ist fast die Hälfte als arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldet, mit zunehmendem Alter der Kinder steigt dieser Anteil noch deutlich an (vgl. Lietzmann 2009: 3). In der Beratungspraxis spiegelt sich diese Bereitschaft, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren, jedoch offenbar nicht nennenswert wider: Eltern kleiner Kinder werden von den Grundsicherungsträgern deutlich seltener beraten als der Durchschnitt, und innerhalb dieser Gruppe beschäftigen sich die Grundsicherungsträger wiederum häufiger mit den Vätern als mit den Müttern (vgl. Betzelt 2008: 4). Worauf diese Unterschiede zurückzuführen sind, ist nicht klar. *Betzelt* vermutet, dass die Beraterinnen und Berater nach wie vor das traditionelle Bild des männlichen Ernährers verinnerlicht haben und sich deshalb um die Väter kleiner Kinder stärker bemühen als um die Mütter (vgl. ebd.). Um diese Vermutung zu bestätigen, müsste man allerdings mehr darüber wissen, aus welchen Gründen die Beratungspraxis so unterschiedlich ist. Bei Eltern, die in einer Partnerschaft leben, wäre z.B. zu fragen, ob es die Paare selbst sind, die ihre Rollenaufteilung nach dem traditionellen Modell ausrichten, oder ob ihnen dies von den Sachbearbeitern der Leistungsträger unterstellt oder gar nahe gelegt wird. Bei den Alleinerziehenden wiederum könnte die erhöhte ›Aktivierung‹ der Väter z.B. auch darauf beruhen, dass diese häufiger mit älteren Kindern zusammenleben (vgl. Lietzmann 2009: 3), dass sie ihre Kinder bereitwilliger fremdbetreuen lassen oder dass sie schlicht häufiger gegen ihre Obliegenheiten nach dem SGB II verstoßen (denn die erhöhte ›Aktivierung‹ der Väter zeigt sich nach *Betzelt* auch daran, dass häufiger Sanktionen verhängt werden, vgl. ebd.: 4). Jedenfalls aber scheint die Beratungspraxis nach den vorhandenen Untersuchungen die besondere Lebenssituation von Alleinerziehenden nicht adäquat zu erfassen. So gibt es an den wenigsten Orten eine gute Zusammenarbeit zwischen den Trägern der Grundsicherung und den Trägern der Kindertagesbetreuung, obwohl das Betreuungsproblem bei Alleinerziehenden eines der größten Hindernisse für eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt ist (vgl. Betzelt 2008: 5; Dietz u.a. 2009: 7). Dem trotz der Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 SGB II bestehenden Druck auf Alleinerziehende, sich dem Arbeitsmarkt möglichst umfassend zur Verfügung zu stellen, steht damit wenig Unter-

stützung im Umgang mit den tatsächlich bestehenden Problemen gegenüber (vgl. Betzelt 2008: 5; vgl. auch Deutscher Verein 2006).

## 2.2 Erwerbsobliegenheit im Unterhaltsrecht

Im Unterhaltsrecht gab es mit dem Altersphasenmodell bis zur Unterhaltsrechtsreform 2007 klare Leitlinien der Rechtsprechung für den Anspruch auf Betreuungsunterhalt – jedenfalls für Eltern ehelicher Kinder. In der Gesetzesbegründung zum neu gefassten § 1570 BGB heißt es dazu: »Anstelle der bisherigen, häufig sehr schematisierenden Betrachtungsweise anhand des tradierten ›Altersphasenmodells‹ ist stärker auf den konkreten Einzelfall und tatsächlich bestehende, verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abzustellen.«<sup>24</sup> Daraus schließt die Rechtsprechung im Einklang mit der Literatur mehrheitlich, dass eine pauschale Fallgruppenbildung *allein* anhand des Alters des Kindes nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Bestimmung der ›Billigkeit‹ nicht in Betracht kommt.<sup>25</sup> Die Billigkeit bestimmt sich stattdessen danach, ob die im Gesetz genannten kind- und elternbezogenen Gründe vorliegen.

### 2.2.1 Keine Erwerbsobliegenheit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr

Der neue »Basisunterhalt« wegen der Betreuung eines Kindes kann nur bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes beansprucht werden.<sup>26</sup> In Literatur und Rechtsprechung herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass es den betreuenden Elternteilen in diesem Zeitraum freisteht, sich für oder gegen eine Erwerbstätigkeit zu entscheiden.<sup>27</sup> Interessant ist, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur Unterhaltsrechtsreform nicht nur ebenfalls davon ausgeht, dass bis zum dritten Lebensjahr des Kindes keine Erwerbsobliegenheit besteht, sondern dass er dies u.a mit den ›Wertentscheidungen‹ in §§ 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II und 11 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII begründet.<sup>28</sup> Dies kann als weiterer Hinweis darauf gewertet werden, dass der Gesetzgeber auch im Sozialrecht eine Erwerbsobliegenheit für kinderbetreuende Eltern in den ersten drei Lebensjahren des Kindes ausschließt.

24 BT-Drucks. 16/1830, S. 17.

25 BGH FamRZ 2009, 1213; BGH FamRZ 2009, 770; OLG München Streit 2009, 42; KG Berlin FamRZ 2009, 981; OLG Hamm FPR 2008, 311. Vgl. auch Menne 2009; Maurer 2008: 2158.

26 §§ 1570 Abs. 1, 16151 Abs. 2 BGB.

27 BGHZ 175, 182; BGH FamRZ 2009, 1213; BGH FamRZ 2009, 1391. Zustimmung z.B. Kemper 2008: 171; kritisch Maurer 2008: 2157.

28 BT-Drucks. 16/1830, S. 18.

## 2.2.2 Flexible Betrachtung nach dem dritten Lebensjahr

Für Personen, die Kinder über drei Jahren betreuen, besteht ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt weiter, wenn dies der ›Billigkeit‹ entspricht. Während das Altersphasenmodell die betreuenden Elternteile von Kindern bestimmter Altersgruppen pauschal von der Erwerbsobliegenheit ganz oder zu einem bestimmten Teil freistellte, müssen die Eltern nun im einzelnen Fall nachweisen, weshalb ihnen eine Vollzeittätigkeit nicht zuzumuten ist.<sup>29</sup> §§ 1570, 16151 BGB begründen damit eine Obliegenheit der alleinerziehenden Elternteile, die Angebote der öffentlichen Kinderbetreuung anzunehmen.<sup>30</sup> Eine solche Verpflichtung ist nach dem Bundesverfassungsgericht mit dem Elternrecht vereinbar: Es stehe dem Gesetzgeber frei, ob und bis zu welcher Altersgrenze er die persönliche Betreuung des Kindes durch ein Elternteil finanziell absichert.<sup>31</sup>

Die Auswertung von Gerichtsurteilen aus der Zeit nach der Unterhaltsrechtsreform ergibt noch kein einheitliches Bild. Als gefestigt kann mittlerweile die Auffassung gelten, dass der betreuende Elternteil nach dem dritten Lebensjahr des Kindes nicht unmittelbar in eine Vollzeittätigkeit wechseln muss.<sup>32</sup> Uneinigkeit herrscht vor allem darüber, nach welchen Kriterien sich die Billigkeit im Einzelnen bemisst und ob in Zukunft überhaupt noch Fallgruppen nach abstrakten Merkmalen gebildet werden dürfen.

### 2.2.2.1 Kindbezogene Gründe für verlängerten Unterhalt

Bei der Prüfung der Billigkeit sind gem. §§ 1570 Abs. 1 S. 3, 16151 Abs. 2 S. 5 BGB insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. Die ›Möglichkeiten der Kinderbetreuung‹ betreffen zum einen die tatsächliche Betreuungssituation des Kindes. Die meisten Gerichte akzeptieren zur Entlastung des Unterhaltspflichtigen dabei grundsätzlich nur Zeiten in öffentlicher Kinderbetreuung, d.h. in Schulen, Tageseinrichtungen oder Tagespflege. Springen darüber hinaus Verwandte oder Freunde bei der Kinderbetreuung ein, so wird dies als überobligatorische Leistung gewertet, die den Unterhaltspflichtigen nicht entlasten soll.<sup>33</sup> Auch wird es weder für den betreuenden Elternteil noch für das Kind als zumutbar angesehen, wenn das Kind regelmäßig zwischen unterschiedlichen Betreuungsgelegenheiten hin- und herwechseln müsste, um dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.<sup>34</sup> Anders ent-

29 BGHZ 175, 182; BGH FamRZ 2009, 1213; BGHZ 177, 272; BGH FamRZ 2009, 1391; OLG Celle FPR 2008, 319. Vgl. auch Büttner 2009: 94.

30 BGH FamRZ 2009, 1391.

31 BVerfGE 118, 145.

32 BGH FamRZ 2009, 1213; KG Berlin FamRZ 2008, 1942; OLG Celle FamRB 2009, 302. Vgl. BT-Drucks. 16/6980, S. 9.

33 OLG München Streit 2009, 42.

34 KG Berlin FamRZ 2008, 1942.

schied dies allerdings im Juli 2009 das Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg. Obwohl die öffentliche Kinderbetreuung für die beiden neun- und dreizehnjährigen Kinder nur den Zeitraum bis 15 Uhr abdeckte, erklärte das Gericht eine Vollzeitbeschäftigung der Mutter für grundsätzlich zumutbar, weil die Kinder nachmittags zu einer Nachbarin gehen könnten.<sup>35</sup> Diese Entscheidung treibt den Grundsatz der nahehelichen Eigenverantwortung auf eine bedenkliche Spitze. Es sollte einer erwerbstätigen Person nicht zugemutet werden, sich auf freiwillige Nachbarschaftshilfe zu verlassen, um reguläre Arbeitszeiten einhalten zu können. Wenn die öffentliche Kinderbetreuung diese Zeiten nicht abdeckt, darf dieses Defizit nicht zu Lasten des betreuenden Elternteils gehen.

Aber auch in Fällen, in denen eine ganztägige Betreuung grundsätzlich möglich wäre, kommen die Gerichte zu ganz unterschiedlichen Zumutbarkeitsregeln: Während beispielsweise das Kammergericht Berlin eine mögliche Betreuungszeit von acht bis 18 Uhr bei einem achtjährigen Kind für mit dem Kindeswohl nicht mehr vereinbar hielt,<sup>36</sup> erklärte das OLG Köln eine Mutter zweier acht und elf Jahre alter Kinder für verpflichtet, vollschichtig zu arbeiten.<sup>37</sup> Insgesamt ist jedoch eine Tendenz erkennbar, bei Eltern von Kindern im Kindergarten- und Grundschulalter zwar einerseits eine Erwerbsobliegenheit dem Grundsatz nach zu benennen (bzw. im Fall des Bundesgerichtshofs (BGH) zu fordern, dass die Gerichte sich mit den konkreten Erwerbs- und Betreuungsmöglichkeiten des betroffenen Elternteils hinreichend auseinandersetzen)<sup>38</sup>, im Ergebnis jedoch allenfalls eine geringfügige oder Teilzeitbeschäftigung für verpflichtend anzusehen.<sup>39</sup> Eine ganztägige Erwerbstätigkeit wird demzufolge überwiegend erst für die Zeit nach der Grundschule gefordert.

#### 2.2.2.2 Elternbezogene Gründe für verlängerten Betreuungsunterhalt

In der Regelung zum *nachehelichen* Betreuungsunterhalt werden auch sogenannte elternbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts angeführt: Der Unterhaltsanspruch besteht auch dann fort, »wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der

35 OLG Oldenburg FuR 2009, 594.

36 KG Berlin FamRZ 2009, 981.

37 OLG Köln FamRZ 2008, 2119 – allerdings war dies nur abstrakt als Aufforderung für die Zeit nach einer Fortbildung aufgegeben, so dass weder ein konkretes Arbeitsverhältnis noch konkrete Betreuungsmöglichkeiten Gegenstand des Verfahrens waren. Krit. dazu Büttner 2009: 95. Siehe auch OLG Oldenburg FuR 2009, 594 (Verpflichtung zur Vollzeiterwerbstätigkeit bei einer Mutter zweier neun und dreizehn Jahre alter Kinder).

38 BGHZ 175, 182; BGH FamRZ 2009, 1213; BGH FamRZ 2009, 770. In diese Richtung wohl auch die Entscheidung des BGH v. 16.12.2009, XII ZR 50/08, die zur Zeit der Fertigstellung dieses Artikels noch nicht veröffentlicht war, vgl. Pressemeldung Nr. 259/2009 des BGH v. 17.12.2009.

39 OLG München, Streit 2009, 42; KG Berlin FamRZ 2009, 981; KG Berlin FamRZ 2008, 1942. Anders OLG Nürnberg FuR 2008, 512.

Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.«<sup>40</sup> Diese Bestimmung normiert den nach wie vor geltenden Grundsatz der ›nachehelichen Solidarität‹, eine Ausprägung des Vertrauensschutzes: Wenn sich die Eltern in der Ehe darauf geeinigt hatten, dass ein Partner seine beruflichen Pläne zugunsten der Kinderbetreuung aufgibt oder zurückstellt,<sup>41</sup> so muss der berufstätige Partner sich auch nach dem Scheitern der Ehe bis zu einem gewissen Grad daran festhalten lassen (vgl. Graba 2008: § 1579 BGB Rn. 11). In Rechtsprechung<sup>42</sup> und Literatur (vgl. Maurer 2008: 2159; Zimmermann 2009: 100; Dose 2009: 3) wird dieser Grundsatz überwiegend auch auf nicht verheiratete Eltern angewendet, sofern sie über eine längere Zeit zusammengelebt und ihre Rollenverteilung einvernehmlich entsprechend dem traditionellen Ernährer-/Hausfrauenmodell ausgestaltet hatten. Angeknüpft wird dabei daran, dass nach § 16151 BGB ›insbesondere‹ die kindbezogenen Gründe berücksichtigt werden sollen, was nach dem Wortlaut Raum für weitere Gesichtspunkte lässt. Diese Interpretation lässt sich auch den Gesetzesmaterialien entnehmen.<sup>43</sup> In den veröffentlichten Entscheidungen zum neuen Unterhaltsrecht spielt der nacheheliche bzw. nachpartnerschaftliche Vertrauensschutz nach wie vor eine Rolle, insbesondere in Altfällen, wenn er auch gegenüber den kindbezogenen Gründen deutlich nachrangig erscheint.<sup>44</sup>

Darüber hinaus wird unter dem Stichwort ›elternbezogene Gründe‹ ein weiterer Aspekt diskutiert, der weniger auf das Vertrauen in ein vergangenes Arrangement als auf eine *gerechte Lastenverteilung zwischen den Eltern in der Gegenwart* abstellt: Auch Kinder, die ganztags fremdbetreut sind, benötigen im Anschluss an die Betreuung Zuwendung und Aufmerksamkeit. Kleinere Kinder müssen zudem auch in den Morgen- und Abendstunden beaufsichtigt werden, sie können sich ihre Mahlzeiten nicht selbst zubereiten, ihre Wäsche nicht waschen, und auch in ›Notfällen‹ wie Krankheiten, Arztbesuche, Unterrichtsausfall etc. sind die Eltern selbst gefordert. Ein Elternteil, der mit Kindern zusammenlebt, wird daher zwangsläufig auch neben einer Erwerbsarbeit einen beträchtlichen Anteil an Sorgearbeit leisten, der umso größer ist, je kleiner das betreute Kind ist bzw. je mehr Kinder versorgt und zu unterschiedlichen Zeiten zu ihren Schulen und Tagesbetreuungseinrichtungen gebracht und von dort wieder abgeholt werden müssen. Dieser auch bei bester öffentlicher Betreuungssituation stets verbleibende – und für das Kindeswohl auch unerlässliche – Anteil an persönlicher Pflege und Zuwendung für das Kind aber darf, so weite Teile der Rechtsprechung und insbesondere auch der BGH, den betreuenden Elternteil nicht ›überobligationsmäßig‹ belasten.<sup>45</sup> Es geht also auch hier im Grunde

40 § 1570 Abs. 2 BGB.

41 Unverständlich die Entscheidung des OLG Oldenburg FuR 2009, 594, in der es heißt, eine Mutter, die während der Ehe in Teilzeit beschäftigt gewesen war, habe ›ihre berufliche Tätigkeit nicht im Vertrauen auf eine bestimmte Rollenteilung aufgegeben, sondern lediglich eingeschränkt‹ – als sei dies nicht auch eine Absprache, die im Vertrauen auf eine bestimmte Rollenaufteilung (›Ernährer/zuverdienende Ehefrau‹) getroffen wurde.

42 BGHZ 177, 272. A.A. Büttner 2009: 94 und Metz 2009: 1859.

43 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6980, S. 10.

44 KG Berlin FamRZ 2009, 981; OLG Dresden NJW 2009, 2071. Vgl. auch Meier 2008: 104.

45 Zuerst BGHZ 177, 272, seither st. Rspr. Vgl. schon Meier 2008: 103.

darum, den Alltag des alleinerziehenden Elternteils *kindeswohlverträglich* auszugestalten<sup>46</sup> und damit im Kern um einen kindbezogenen Aspekt. Eingebettet wird er aber in die Vorstellung eines *gerechten Lastenausgleichs* zwischen den Eltern: Der betreuende Elternteil soll Erwerbs- und Sorgearbeit in einer Weise austarieren können, die ihm nicht die volle Doppelbelastung aus Kinderbetreuung und Berufstätigkeit aufbürdet. Denn dies wäre im Vergleich zu der Lebenssituation des unterhaltspflichtigen Elternteils eine unverhältnismäßige Belastung.

Diese Auffassung wird mit der Begründung kritisiert, dass diese Teile der Betreuungsaufgabe von allen Kindern benötigt würden und daher in der »Freizeit« erledigt werden müssten (vgl. Maurer 2008: 2158).<sup>47</sup> Damit ist vermutlich gemeint, dass die Zuwendung, die alle Kinder brauchen, als etwas Selbstverständliches und nicht als »Belastung« gewertet werden sollte. In der Tat ist eine belastungsorientierte Sicht auf Kinder im Kern kinderfeindlich. Andererseits aber kann ein tatsächlich bestehender Bedarf an Zeit und Energie, den Kinder in bestimmten Alters- und Entwicklungsphasen haben, nicht mit diesem Argument einfach unberücksichtigt bleiben. Man kann, während man ein kleines Kind versorgt, nicht arbeiten, nicht schlafen, nicht allein sein und nicht ausgehen, und dies gilt unabhängig davon, ob man diese Umstände als Belastung oder als Bereicherung empfindet (vgl. Börger 2009: 72).

Das Argument von der »überobligationsmäßigen Belastung« erscheint in einem anderen Licht, wenn man es vom Sinn des Betreuungsunterhalts her betrachtet: Der Betreuungsunterhalt ist kein Unterhaltsanspruch zugunsten des betreuenden Elternteils, sondern zugunsten des Kindes. Er soll dem betreuenden Elternteil helfen, die zuvor gemeinschaftliche Betreuungsaufgabe der Eltern auch nach einer Trennung in kindgerechter Weise und in Übereinstimmung mit den elterlichen Erziehungsvorstellungen zu erfüllen. Er ist Ausdruck einer »elterlichen Solidarität zum Wohle des Kindes« (Schumann 2007: 4), die ohne Frage auch nach dem Ende der Partnerschaft oder Ehe bestehen sollte bzw. von den Eltern eingefordert werden kann. Diese elterliche Solidarität verlangt, die Aufgaben der Erwerbs- und Sorgearbeit, die auch zuvor schon auf beide Eltern verteilt waren, mit der neuen Lebenssituation neu aufzuteilen. Es erscheint ungerecht, wenn dabei einer von beiden den Löwenanteil der praktischen Bewältigung schultern muss, während der andere in seiner Erwerbs- und Freizeitgestaltung keine Rücksicht auf die Belange des Kindes zu nehmen braucht (vgl. Metz 2009: 1858).<sup>48</sup>

46 BGH FamRZ 2009, 1213.

47 In diese Richtung auch OLG Oldenburg FuR 2009, 594 (»Jede beruflich vollzeittätige Mutter ist gehalten, unter Beachtung ihrer eigenen Arbeitszeit entsprechend den Bedürfnissen der Kinder Arztbesuche etc. zu organisieren.«).

48 OLG München Streit 2009, 42. Dieser Grundsatz liegt auch der Entscheidung des BGH v. 18.11.2009, XII ZR 65/09, zugrunde, in der es um die Erwerbsobliegenheit eines *neuen* Ehegatten des Unterhaltspflichtigen geht (vgl. Pressemeldung Nr. 238/2009 des BGH v. 23.11.2009. Der Text der Entscheidung war bei Abgabe des Manuskripts für diesen Artikel noch nicht veröffentlicht.).

### 2.2.2.3 Rückkehr des Altersphasenmodells?

In seiner Entscheidung vom 16. Juli 2008 hat der BGH im Zusammenhang mit dem oben erläuterten Gesichtspunkt des gerechten Lastenausgleichs angedeutet, dass anhand dieses Kriteriums möglicherweise neue Fallgruppen gebildet werden könnten, »etwa anhand des Alters des Kindes«. <sup>49</sup> Seither wird in Rechtsprechung und Literatur diskutiert, ob zu einem »modifizierten Altersphasenmodell« zurückgekehrt werden kann oder ob der Gesetzgeber jeglichen Versuchen dieser Art eine Absage erteilt hat. Bereits erwähnt wurde die Formulierung in der Gesetzesbegründung, nach der das bisherige Altersphasenmodell »zu schematisch« angewendet worden sei. Hier lohnt ein genauerer Blick darauf, was mit diesem Vorwurf kritisiert wird: Während die öffentliche Kinderbetreuung sich in den letzten Jahren deutlich verbessert hat und viele junge Eltern neben der Kinderbetreuung zumindest in Teilzeit arbeiten, war der betreuende Elternteil im Unterhaltsrecht immer noch die ersten acht Jahre des Kindes von der Erwerbsverpflichtung ganz freigestellt. Der Vorwurf, »schematisch« vorgegangen zu sein, betrifft also im Wesentlichen das Kindesalter zwischen drei und acht Jahren. In dieser Zeit, so die Gesetzesbegründung, sei unter den veränderten Bedingungen durchaus eine Teilzeittätigkeit möglich und mittlerweile auch üblich. <sup>50</sup> Diese Erkenntnis muss einem modifizierten Altersphasenmodell nicht entgegenstehen.

Für eine solche Fallgruppenbildung sprechen sich insbesondere einige Oberlandesgerichte in ihren unterhaltsrechtlichen Leitlinien <sup>51</sup> aus: Beim OLG Schleswig beispielsweise werden in den Leitlinien (Stand 1. Januar 2009, Nr. 17.1) drei neue Altersstufen für die Zeit nach dem vollendeten dritten Lebensjahr vorgeschlagen: Kinder von drei Jahren bis zum Ablauf der dritten Grundschulklasse (geringfügige bis halbschichtige Tätigkeit), ab der vierten Grundschulklasse bis zur vollendeten siebten Klasse (halbschichtige Tätigkeit) sowie ab der achten Klasse (dreiviertel- bis vollschichtige Tätigkeit). <sup>52</sup> Etwas strengere Maßstäbe legt das OLG Hamm (Stand 1. Januar 2009, Nr. 17.1.1) an: Danach ist bis zum Ende des ersten Grundschuljahrs

49 BGHZ 175, 182. Vgl. auch BGH FamRZ 2009, 1213; BGHZ 177, 272; BGH FamRZ 2009, 1391; OLG Celle FPR 2008, 319.

50 BT-Drucks. 16/1830, S. 17: »Die Möglichkeiten der Fremdbetreuung von Kindern haben – ungeachtet regionaler Unterschiede und einzelner, bestehender Angebotslücken – insgesamt stark zugenommen; die Ausübung insbesondere einer Teilzeittätigkeit neben der Kindererziehung ist heute vielfach Realität. Diese Entwicklung ist bei der Beurteilung der Frage, inwieweit dem geschiedenen Elternteil neben der Betreuung eines Kindes eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist, angemessen zu berücksichtigen. Anstelle der bisherigen, häufig sehr schematisierenden Betrachtungsweise anhand des tradierten »Altersphasenmodells« ist stärker auf den konkreten Einzelfall und tatsächlich bestehende, verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abzustellen.«

51 Eine Zusammenstellung der unterhaltsrechtlichen Leitlinien in den einzelnen OLG-Bezirken findet sich im Internet unter <http://www.famrb.de/unterhalt.htm> (letzter Zugriff: 12.11.2009). Einen Überblick über die Regelungen zum Betreuungsunterhalt in diesen Leitlinien gibt Riegner 2009.

52 Vgl. die Anwendung dieses Modells in der Entscheidung OLG Schleswig FPR 2009, 322.

allenfalls eine geringfügige Tätigkeit zumutbar, bis zum Ende des ersten Jahrs auf der weiterführenden Schule (also der fünften Klasse) eine halbschichtige und schon ab der sechsten Klasse eine vollschichtige Erwerbstätigkeit.

Auch in einzelnen Gerichtsentscheidungen werden modifizierte Altersphasenmodelle vorgeschlagen, wobei die Vorstellungen von der Vereinbarkeit von Kindererziehung und Beruf durchaus divergieren: Das OLG Düsseldorf geht in einer Entscheidung vom 15. Dezember 2008 davon aus, dass Eltern von Kindern zwischen drei und acht Jahren bis zu 20 Wochenstunden erwerbstätig sein können, mit Kindern im Alter von neun bis zwölf Jahren schrittweise bis hin zu einer vollen Stelle aufstocken können und ab dem 13. Lebensjahr grundsätzlich vollschichtig arbeiten sollten.<sup>53</sup> Das OLG Jena nimmt an, dass Eltern nach dem Ende der Grundschulzeit ihrer Kinder eine Vollzeittätigkeit ausüben können,<sup>54</sup> während das OLG Nürnberg noch im Mai 2008 schlicht am alten 0/8/15-Modell festhielt und dies damit begründete, »eine gewisse schematisierende Betrachtungsweise« sei im Hinblick auf die Rechtssicherheit weiterhin geboten.<sup>55</sup>

Der Nachteil der neu aufgelegten Altersphasenmodelle liegt auf der Hand: Während nach dem neuen Wortlaut der §§ 1570, 1615 I BGB der Basisunterhalt bis zum dritten Lebensjahr als Regel-, der verlängerte Unterhalt aber als nachweispflichtiger Ausnahmefall erscheint, droht die Bildung von Fallgruppen diese Beweislastverteilung umzukehren (vgl. Maurer 2008: 2158f.). In den unterhaltsrechtlichen Leitlinien wird das teilweise sehr deutlich: Beim OLG Hamm heißt es, die genannten Altersgruppen seien zu berücksichtigen, »wenn [...] eine verlässliche Fremdbetreuung des Kindes [...] objektiv möglich ist und soweit Kindesbelange oder Vertrauenstatbestände nicht entgegenstehen [...]«; das OLG Schleswig will seine Altersstufen ebenfalls angewendet wissen, sofern »weder kind- noch elternbezogene Belange entgegenstehen«.<sup>56</sup> Sieht die entsprechende Altersstufe eine eingeschränkte Erwerbstätigkeit vor, müssen die Eltern also nur noch darlegen und beweisen, weshalb sie noch *unterhalb* dieses Arbeitspensums bleiben möchten.

Der BGH scheint eine derartige faktische Beweislastumkehr abzulehnen.<sup>57</sup> Diese Auffassung muss noch nicht bedeuten, dass der BGH die Belange des kinderbetreuenden Elternteils weniger ernst nimmt. Zwar scheinen die Überlegungen der Oberlandesgerichte durchaus lebensnäher als die Annahme des BGH, wenn nichts Gegenteiliges dargelegt sei, können man wohl von einer Ganztagesbetreuung des Kindes ausgehen.<sup>58</sup> Der BGH hat mit solchen Bemerkungen bislang aber nur auf die *Darlegungslast* des kinderbetreuenden Elternteils hingewiesen. Angesichts der Vielfalt tatsächlicher Arbeitsbedingungen und Kinderbetreuungssettings kann man es für

53 OLG Düsseldorf FPR 2009, 323; ähnlich OLG Celle FamRB 2009, 302.

54 OLG Jena FamRZ 2008, 2203.

55 OLG Nürnberg FuR 2008, 512.

56 Siehe oben Fn. 51.

57 Vgl. zuletzt BGH v. 16.12.2009, XII ZR 50/08, Pressemitteilung Nr. 259/2009 des BGH v. 17.12.2009.

58 So BGH v. 16.12.2009, XII ZR 50/08 nach der Pressemitteilung Nr. 259/2009 des BGH v. 17.12.2009.

zumutbar halten, dass der kinderbetreuende Elternteil seine konkrete Lebenssituation zunächst einmal vorträgt, bevor über seine Unterhaltsansprüche geurteilt wird. Die entscheidende Frage ist dann aber, was die Gerichte aus diesen Informationen machen.

Denn selbstverständlich muss sich die Auslegung des Begriffs der ›Billigkeit‹ an sachlichen Kriterien orientieren. Das Alter des Kindes dabei ganz außer Betracht zu lassen, scheint widersinnig. Die Entwicklung von Kindern verläuft nun einmal im Regelfall so, dass die Selbstständigkeit mit dem Alter zunimmt. Ein Elternteil, der ein dreijähriges Kind unbeaufsichtigt ließe, um arbeiten zu gehen, würde zu Recht als verantwortungslos beurteilt werden, während die Annahme, ein 15-jähriges Kind ohne gravierende Entwicklungsstörungen könne nachmittags nicht allein zu Hause bleiben, vermutlich weniger auf Zustimmung treffen würde. Zwischen diesen Extremen gibt es einen Bereich des Übergangs, der etwa die späten Grundschuljahre und die ersten Jahre auf der weiterführenden Schule betrifft, also ein Kindesalter zwischen acht und zwölf Jahren. Hier können Kinder in der Regel schon stundenweise allein gelassen werden, man kann von ihnen jedoch nicht erwarten, dass sie ihr Leben halbtags selbst organisieren, sich etwa ihre Mahlzeiten allein zubereiten, ihre Hausaufgaben ganz ohne Aufsicht oder Nachfrage selbstständig erledigen etc. Diese Entwicklungsstufen des Kindes, sein Bedarf an elterlicher Zeit, Pflege und Zuwendung kann typisierend in die Bewertung der ›Billigkeit‹ einbezogen werden<sup>59</sup> (vgl. Kemper 2008: 173; Ehinger 2009: 111). Daneben müssen aber nach der neuen Rechtslage weitere Faktoren berücksichtigt werden: in erster Linie die tatsächlichen Kinderbetreuungsmöglichkeiten, aber z.B. auch die Zahl und eventuell ein besonderer Betreuungsbedarf der Kinder, die Anfahrtswege zu Schulen, Kindergärten und zur Arbeitsstelle sowie die mögliche Arbeitszeitgestaltung des betreuenden Elternteils. Diese Umstände muss der kinderbetreuende Elternteil darlegen, sie müssen aber von den Gerichten in einer Weise gewürdigt werden, die den Belangen des Kindes und dem Gedanken des gerechten Lastenausgleichs Rechnung trägt.

#### 2.2.2.4 Festhalten am Ernährer-/Hausfrauenmodell?

Was bedeuten diese Entwicklungen in der unterhaltsrechtlichen Rechtsprechung für das dahinter stehende Familienbild? Halten die Familiengerichte mit dem der Justiz eigenen Beharrungsvermögen an dem alten Ernährer-/Hausfrauenmodells fest und nehmen sie das nach dem Willen des Gesetzgebers gestärkte Prinzip der naheheglichen Eigenverantwortung nicht ernst? Sieht man sich die Entscheidungsbegründungen etwas genauer an, so ergibt sich ein anderes Bild. Die Fälle, die die Gerichte bislang zu entscheiden hatten, lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen: Die eine Gruppe sind Ehen, die sehr lange andauerten, in denen es eine klare, einvernehmliche Rollenaufteilung nach dem Ernährer-/Hausfrauenmodell gab und in denen be-

59 OLG München Streit 2009, 42.

reits Unterhaltstitel oder -vereinbarungen nach altem Recht bestanden.<sup>60</sup> Hier überwiegen in den Entscheidungsgründen Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes, die sich auch aus der Übergangsregelung des § 36 EGZPO erklären: Bestehende Unterhaltstitel können danach nur dann geändert werden, wenn eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen eingetreten ist und kein schutzwürdiges Vertrauen des anderen Teils besteht. Die zweite, zahlenmäßig überwiegende Gruppe betrifft Kinder im Kindergarten- oder Grundschulalter, die zumindest halbtags in der Schule oder in Tageseinrichtungen betreut werden, deren betreuender Elternteil in der Regel schon in Teilzeit beschäftigt ist und seine Erwerbstätigkeit nicht ausdehnen möchte. Die meisten dieser Entscheidungen sind von dem oben erläuterten Gedanken geprägt, dass die Arbeitsbedingungen des betreuenden Elternteils *mit den Belangen des Kindes* vereinbar sein müssen (vgl. Meier 2008: 104). Anders als die Sozialgerichte in den erwähnten Entscheidungen zur Grundsicherung versuchen die Gerichte im Unterhaltsrecht also, den Lasten der Sorgearbeit auch weiterhin Geltung zu verschaffen. Das ist nicht gleichbedeutend mit dem Leitbild der Vollzeit-Mutter- und-Hausfrau (vgl. ebd.: 103), denn es wird nicht in Abrede gestellt, dass die Betreuung zumindest teilweise an öffentliche Einrichtungen delegiert werden kann und dann in maßvollem Umfang mit einer Erwerbsarbeit vereinbar ist.

Jedoch wird sich nicht vermeiden lassen, dass eine solche Rechtsprechung – ähnlich wie die sozialrechtlichen ›Schonvorschriften‹ des § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II, § 11 Abs. 4 SGB XII – mittelbar bestehende Rollenungleichheiten zwischen den Geschlechtern reproduziert, jedenfalls nicht, solange mehr als 90 Prozent der Alleinerziehenden Frauen sind. Diese Ungleichheiten dürfen jedoch nicht auf dem Rücken der betroffenen Frauen und Kinder ausgetragen werden, indem die ›nacheheliche Eigenverantwortung‹ einfach anhand objektiv vorhandener Betreuungsmöglichkeiten fingiert wird. Die tatsächlichen Herausforderungen der Sorgearbeit im Unterhaltsrecht zu berücksichtigen, begründet nicht zuletzt auch eine Herausforderung für die Gestaltung des Arbeitsmarktes: Allzu häufig scheitert ein Arbeitsverhältnis nicht an mangelnder Bereitschaft des Elternteils oder unzureichender öffentlicher Kinderbetreuung, sondern an der Unflexibilität von Arbeitgebern, die nach wie vor dem Ideal des rundum verfügbaren Vollzeitwerbstätigen ohne Sorgepflichten anhängen.<sup>61</sup> Es kann jedoch nicht allein darum gehen, die Kinderbetreuungsmöglichkeiten und die persönliche Opferbereitschaft an die Erfordernisse eines globalisierten und hochflexiblen Arbeitsmarktes anzupassen (vgl. Deutscher Verein 2009: 8).

60 Z.B. OLG Dresden NJW 2009, 2071.

61 Vgl. OLG Hamm FPR 2008, 311. Siehe auch KG Berlin FamRZ 2009, 981 zu der ›gerichtsbekanntem‹ Erwartung von Schulen, dass zumindest ein Elternteil die Hausaufgaben betreut und Lerninhalte mit dem Kind nacharbeitet.

### 2.2.3 Einheitliche Maßstäbe im Sozial- und im Unterhaltsrecht?

Betrachtet man die Grundsätze, nach denen die Kinderbetreuung im Sozial- wie im Unterhaltsrecht berücksichtigt wird, so ist zunächst festzustellen, dass beide Rechtsgebiete in einem Punkt übereinstimmen: Bis zur Grenze von drei Jahren wird von den betreuenden Eltern nach der jeweils überwiegenden Auffassung keine Erwerbsarbeit neben der Kindererziehung verlangt. Oberhalb dieser Grenze fallen die Maßstäbe auseinander: Während im Sozialrecht dann von den alleinerziehenden Eltern verlangt wird, alles zu tun, um möglichst umfassend erwerbstätig sein zu können, versuchen Rechtsprechung und Literatur im Unterhaltsrecht, diesen scharfen Anspruch zumindest abzumildern, indem sie auf den Gesichtspunkt der gerechten Lastenverteilung zwischen beiden Elternteilen abheben. Wo zu diesem Zweck modifizierte Altersphasenmodelle vertreten werden, fällt auf, dass die Altersgrenzen im Vergleich zu der Situation vor der Unterhaltsrechtsreform deutlich sinken: Für die Zeit zwischen dem dritten und dem siebten Lebensjahr des Kindes, in der nach dem alten Altersphasenmodell keine Erwerbsobliegenheit bestand, wird in allen Modellen außer dem des OLG Nürnberg eine geringfügige bis halbschichtige Erwerbstätigkeit für zumutbar gehalten, sofern die Kinderbetreuung entsprechend organisiert werden kann. Diese Veränderung ist durchaus substantiell und zeigt, dass die Gerichte den Auftrag des Gesetzgebers, die gegenwärtigen gesellschaftlichen Bedingungen stärker zu berücksichtigen, ernst genommen haben.

Kann der Gesichtspunkt des ›gerechten Lastenausgleichs‹ auch auf das Sozialrecht übertragen werden oder wird man hier damit leben müssen, dass ein alleinerziehender Elternteil nach der Dreijahresgrenze grundsätzlich vollzeiterwerbspflichtig ist? Hierzu sind drei Gedanken zu berücksichtigen:

(1) Im Recht der Grundsicherung ist grundsätzlich die ›Bedarfsgemeinschaft‹ maßgeblich für die Ermittlung der Hilfebedürftigkeit. Der Unterhaltspflichtige gehört der Bedarfsgemeinschaft aus alleinerziehendem Elternteil und Kind(ern) nicht an. Der Gesichtspunkt eines gerechten Ausgleichs zwischen den getrenntlebenden Elternteilen spielt im Sozialrecht daher keine Rolle.

(2) Erinnert sei aber daran, dass der so konturierte ›elternbezogene‹ Billigkeitsgrund im Kern beim Wohl des Kindes ansetzt, nämlich bei dessen je nach Alter variierendem Bedürfnis nach Aufsicht und Pflege *außerhalb der Betreuungszeiten* und bei seinem Bedürfnis nach persönlicher Zuwendung gerade *durch seine Eltern* (und nicht durch Lehrerinnen, Erzieher oder Tagesmütter). Dieser Gesichtspunkt kann ohne Weiteres auf das Sozialrecht übertragen werden. Damit verbietet sich eine pauschale Gleichsetzung von tatsächlicher Betreuungszeit und zumutbarem Arbeitspensum. Die Behörden und Gerichte müssen sich ganz im Gegenteil in jedem Einzelfall die Mühe machen nachzuvollziehen, wie der alleinerziehende Elternteil die schwierige Balance von Kinderbetreuung, Erwerbsarbeit und eigener Regeneration unter den tatsächlich gegebenen Umständen organisieren kann.

(3) Schließlich hat das Grundsicherungsrecht auch ganz ausdrücklich einen gleichstellungspolitischen Auftrag: Bei der Ausgestaltung der Leistungen ist darauf zu achten, dass ›geschlechtsspezifischen Nachteilen von erwerbsfähigen Hilfebe-

dürftigen entgegengewirkt wird.«<sup>62</sup> Solange alleinerziehende Eltern fast ausschließlich Frauen sind, ist die Notwendigkeit, Kinderbetreuung und Erwerbsarbeit zu vereinbaren, ein geschlechtsspezifischer Nachteil. Ihm kann nur dadurch entgegengewirkt werden, dass alleinerziehende Leistungsbezieher insgesamt, also unter Berücksichtigung auch der Sorgearbeit, nicht stärker belastet werden als Alleinstehende ohne Kinder. In dieser Gestalt hat der Gesichtspunkt des gerechten Lastenausgleichs – hier nicht zwischen den individuellen Eltern, sondern gesamtgesellschaftlich zwischen Sorgeverpflichteten und Menschen ohne solche Pflichten – auch im Recht der Grundsicherung und Sozialhilfe seinen Platz.

#### 2.2.4 Senkung der Dreijahresgrenze mit dem Rechtsanspruch auf einen Krippenplatz?

Ab dem 1. August 2013 haben Eltern einen Rechtsanspruch auf einen Platz in einer Tageseinrichtung oder in der Tagespflege ab dem vollendeten ersten Lebensjahr des Kindes.<sup>63</sup> Bisher wird die Erwerbsobliegenheit für Eltern von Kindern zwischen drei und sechs Jahren mit dem entsprechenden Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz begründet. Es scheint aus gesetzessystematischen Gründen nahe liegend, die Drei-Jahres-Grenze mit dem erweiterten Rechtsanspruch ab 2013 auf ein Jahr zu senken. Denn ab 2013 wäre, wenn der Ausbau planmäßig verläuft, die Betreuung bereits für einjährige Kinder zumindest für Teile des Tages bedarfsdeckend gesichert, so dass von Eltern während dieser Betreuungszeiten erwartet werden könnte, erwerbstätig zu sein. Aber wäre eine solche Entwicklung auch sachgerecht und wünschenswert? Dagegen sprechen aus meiner Sicht mehrere Gründe:

(1) Der Rechtsanspruch für die ein- bis dreijährigen Kinder wurde nach der Gesetzesbegründung eingeführt, um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern und insbesondere Frauen eine echte *Wahlfreiheit* für die Gestaltung ihres Lebens mit Kindern zu ermöglichen.<sup>64</sup> Nimmt man diese Reform zum Anlass, die Erwerbsobliegenheiten für alleinerziehende und sozialrechtlich hilfebedürftige Eltern zu verschärfen, wird aus der Wahlfreiheit eine Pflicht zur möglichst frühzeitigen Erwerbstätigkeit.

(2) Während derzeit in Deutschland etwa 90 Prozent aller Kinder zwischen drei und sechs Jahren einen Kindergarten besuchen (vgl. Lange 2007: 5), liegt das Ziel für einen *bedarfsgerechten* Ausbau der Betreuungsplätze für die Unter-Dreijährigen

62 § 1 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 SGB II.

63 § 24 SGB VIII in der ab dem 01.08.2013 geltenden Fassung, vgl. das Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege v. 10.12.2008, BGBl. I S. 2403.

64 Vgl. BT-Drucks. 16/9299, S. 12: »Erst die Schaffung einer bedarfsgerechten Tagesbetreuung ab dem ersten Lebensjahr des Kindes, die Erweiterung der Bedarfskriterien und die Einführung eines Rechtsanspruchs geben Frauen die faktische Möglichkeit und damit Wahlfreiheit, Beruf und Familie zu vereinbaren.«

bei einer Versorgungsquote von etwa 35 Prozent.<sup>65</sup> Der Gesetzgeber selbst geht folglich bei dem von ihm forcierten Ausbau der öffentlichen Kleinkinderbetreuung davon aus, dass mehr als die Hälfte der Eltern von ein- bis dreijährigen Kindern es vorziehen, keine öffentliche Betreuung in Anspruch zu nehmen. Dieser überwiegende Elternwille sollte angesichts des Vorrangs des Elternrechts in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch bei alleinerziehenden und sozialrechtlich hilfebedürftigen Eltern respektiert werden.

(3) Betrachtet man die Entwicklung von Kindern, so hat die Drei-Jahres-Grenze auch sachlich ihre Berechtigung: Im Alter von drei Jahren können die meisten Kinder laufen und sprechen sowie selbstständig essen, sich an- und ausziehen und auf die Toilette gehen. Sie beginnen, sich in der Außenwelt zu orientieren und mit anderen Kindern zu spielen. Der dritte Geburtstag markiert damit einen Zeitpunkt, zu dem Kinder eine gewisse Selbstständigkeit erlangt haben.

(4) Das Angebot an öffentlicher Kinderbetreuung orientiert sich hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung vorrangig am Bedarf der Eltern und damit auch an dem des Arbeitsmarktes. Die Bedürfnisse von Kindern stimmen mit den Anforderungen eines hochflexibilisierten Arbeitsmarktes jedoch nicht notwendig überein (vgl. Sell 2009: 103; Deutscher Verein 2009: 8). Man stelle sich eine Gesellschaft vor, in der es vom ersten Lebenstag an möglich ist, seine Kinder zu jeder Zeit des Tages in pädagogisch exzellent ausgestatteten öffentlichen Einrichtungen betreuen zu lassen. Sollten alleinerziehende Eltern in dieser Gesellschaft dazu verpflichtet sein, ihre Kinder am Tag nach der Geburt (oder nach Ablauf der Mutterschutzfristen) dort abzugeben, um ihren Lebensunterhalt selbst verdienen zu können? Wie weit reicht das Gebot zur Eigenverantwortung, wenn gleichzeitig eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Pflege und Erziehung von Kindern besteht? Wenn die Politik, wie es die letzte Bundesregierung nicht müde wurde zu betonen, junge Menschen dazu motivieren möchte, Familien zu gründen und Kinder in die Welt zu setzen,<sup>66</sup> sollte sie den Wert der Sorgearbeit gerade bei der Betreuung von sehr kleinen Kindern anerkennen (vgl. Flügge 2007: 196). Kleinkinder zu versorgen ist eine anstrengende und fordernde Aufgabe, die über Jahre rund um die Uhr geleistet werden muss. Es ist nicht unmöglich, in dieser Zeit berufstätig zu bleiben – im Gegenteil erleben viele Eltern gerade die Verbindung von Familien- und Erwerbsleben als Bereicherung. Das politische Ziel, insbesondere Frauen diese Vereinbarkeit zu ermöglichen, bleibt richtig und

65 BT-Drucks. 16/9299, S. 10.

66 Siehe nur BT-Drucks. 16/9299, S. 1: »Viele Eltern realisieren ihre vorhandenen Kinderwünsche nicht, weil sie keine Möglichkeiten sehen, ihr berufliches Engagement mit den familiären Aufgaben zu verbinden. Deshalb ist es notwendig, Wege für eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben zu öffnen [...]«. Vgl. auch die Begründung für die Einführung des Elterngeldes, BT-Drucks. 16/1889, S. 1: »Die Familienpolitik steht vor der Herausforderung, Paaren die Familiengründung zu erleichtern, einen Beitrag zur nachhaltigen Sicherung von Familien zu leisten und die Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Lebensentwürfen mit Kindern zu unterstützen.« Zur Haltung der jetzigen Bundesregierung siehe den Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode, S. 67: »Wir wollen, dass durch mehr Kinder- und Familienfreundlichkeit und durch günstigere Rahmenbedingungen für Familien mehr Kinder in Deutschland geboren werden.«

wichtig. Es sollte jedoch nicht dadurch ins Gegenteil verkehrt werden, dass aus der Wahlfreiheit eine faktische Festlegung auf ein anderes, rein erwerbszentriertes Lebensmodell wird.

### Literatur

- Betzelt, Sigrid, 2008: »Hartz IV – Folgen für Ungleichheit und das Gender Regime«, *ZeS-Report* 13, Nr. 1, April 2008, S. 1–8.
- Börger, Ulrike, 2009: »Erfahrungen mit der Anwendung des neuen Rechts – Plädoyer für die Entwicklung von Anwendungskriterien zur Schaffung von Rechtssicherheit, mehr Vertrauensschutz für Altfälle und die Berücksichtigung nicht nur ehebender Nachteile, sondern auch ehebender Vorteile«, *Familie-Partnerschaft-Recht (FPR)* 2009, S. 71–75.
- Brudermüller, Gerd, 2007: § 1570 BGB, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 66. Auflage, München 2007.
- Büttner, Helmut, 2009, »Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB«, *Familie und Recht (FuR)* 2009, S. 92–97.
- Bundesagentur für Arbeit (Hg.), 2008: Fachliche Hinweise zu § 10 SGB II (Stand: 20.11.2008), die jeweils aktuelle Fassung ist im Internet abrufbar unter <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Publikation/pdf/Gesetzestext-10-SGB-II-Zumutbarkeit.pdf> (letzter Zugriff: 26.11.2009)
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, 2006: Handlungsempfehlungen zur Förderung allein Erziehender im Rahmen des SGB II, im Internet abrufbar unter [http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen2006/maerz/Handlungsempfehlungen\\_des\\_Deutschen\\_Vereins\\_zur\\_Foerderung\\_allein\\_Erziehender/](http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen2006/maerz/Handlungsempfehlungen_des_Deutschen_Vereins_zur_Foerderung_allein_Erziehender/) (letzter Zugriff: am 09.11.2009).
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, 2009: Empfehlungen zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben v. 7.10.2009, im Internet abrufbar unter <http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/2009/pdf/DV%2004-09.pdf> (letzter Zugriff: am 09.11.2009).
- Diederichsen, Uwe, 2007: § 16151 BGB, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Auflage, München 2007.
- Dietz, Martin/Müller, Gerrit/Trappmann, Mark, 2009: *Bedarfgemeinschaften im SGB II: Warum Aufstocker trotz Arbeit bedürftig bleiben*, [IAB-Kurzbericht 2/2009], Nürnberg 2009.
- Dose, Hans-Joachim, 2009: »Erste Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsrechtsreformgesetz, Teil 2, *Das Jugendamt (JAmt)* 2009, S. 1–9.
- Ehinger, Uta, 2009: »Eine erste Übersicht der Rechtsprechung zu §§ 1578b und 1570 BGB seit Inkrafttreten des UÄndG«, *Familie-Partnerschaft-Recht (FPR)* 2009, S. 105–111.
- Flügge, Sybilla, 2007. »Die ungelöste Frauenfrage – Was wird aus dem Familienernährer?«, in: Scheiwe, Kirsten (Hg.): *Soziale Sicherungsmodelle revisited. Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimension*, Baden-Baden 2007, S. 185–196.
- Graba, Hans-Ulrich, 2008: § 1570 BGB, in: *Erman, BGB*, 12. Auflage, Köln 2008.
- Graf, Tobias/Rudolph, Helmut, 2009: *Dynamik im SGB II 2005–2007: Viele Bedarfsgemeinschaften bleiben lange bedürftig*, [IAB-Kurzbericht 5/2009], Nürnberg 2009.
- Kemper, Rainer, 2008: »Der Anspruch auf Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes nach § 1570 BGB«, *Familie und Recht (FuR)* 2008, S. 169–176.
- Lange, Jens, 2007: *Kindertagesbetreuung in Deutschland. Kennzahlen – Indikatoren – Daten. Zentrale Befunde aus der amtlichen Kinder- und Jugendhilfestatistik zum 15.3.2007*, im Internet

- abrufbar unter <http://www.akjstat.uni-dortmund.de/akj/Downloads/Kita2008.pdf> (letzter Zugriff: 12.11.2009).
- Lietzmann, Torsten, 2009: *Bedarfsgemeinschaften im SGB II: Warum Alleinerziehende es besonders schwer haben*, [IAB-Kurzbericht 12/2009], Nürnberg 2009.
- Maurer, Hans-Ulrich, 2008, »Der naheheliche Unterhaltsanspruch nach dem UÄndG 2007«, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 2008, S. 2157–2168.
- Meier, Werner, 2008: »Betreuungsunterhalt gem. §§ 1570 und 16151 BGB nach der Unterhaltsrechtsreform«, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 2008, S. 101–105.
- Menne, Martin, 2009: »Problemfelder des neuen Unterhaltsrechts im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung. Erste Entscheidungen des Kammergerichts zum neuen Betreuungsunterhalt«, *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* (ZKJ) 2009, S. 162–164.
- Metz, Bernhard, 2009: »Das modifizierte Altersphasenmodell beim verlängerten Betreuungsunterhalt«, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2009, S. 1855–1859.
- Riegner, Klaus, 2009: »Die Leitlinien der Oberlandesgerichte im Spiegel des neuen Unterhaltsrechts und ihre Umsetzung in der Rechtsprechung«, *Familie, Partnerschaft, Recht* (FPR) 2009, S. 76–82.
- Rixen, Stephan, 2008: § 10 SGB II, in: Eicher, Wolfgang/Spellbrink, Wolfgang (Hg.), *SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende. Kommentar*, 2. Auflage, München 2008.
- Schumann, Eva, 2007: »Einführende Überlegungen zur Unterhaltsrechtsreform«, in: dies./Volker Lipp/Barbara Veit (Hg.), *Reform des Unterhaltsrechts. 5. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2006*, Göttingen 2007, S. 1–5.
- Sell, Stefan, 2009: »Kinderbetreuungseinrichtungen in der Republik – Angebot und Kosten als Kontextbedingungen für das reformierte Unterhaltsrecht«, *Familie, Partnerschaft, Recht* (FPR) 2009, S. 101–105.
- Streichsbier, Klaus, 2008: § 10 SGB II und § 11 SGB XII, in: Grube, Christian/Wahrendorf, Volker (Hg.): *SGB XII – Sozialhilfe. Kommentar*, 2. Auflage, München 2008.
- Zimmermann, Michael, 2009: »Die Verlängerung des Anspruchs nach § 16151 BGB – Diskussionsstand und Rechtsprechung«, *Familie-Partnerschaft-Recht* (FPR) 2009, S. 97–100.

# Getrennt leben, gemeinsam betreuen – das Wechselmodell im Steuer- und Sozialrecht

*Maria Wersig*

Eine gleiche Verteilung der Betreuungsarbeit zwischen Eltern ist – sowohl rechtlich betrachtet als auch in der sozialen Wirklichkeit – nicht der Regelfall. Zwar ist im Allgemeinen die gemeinsame, partnerschaftliche Elternschaft das Modell, von dem das Recht ausgeht, aber nach einer Trennung bzw. wenn die Eltern keine Partnerschaft führen, hat das Kind seinen Lebensmittelpunkt in der überwiegenden Zahl der Fälle bei nur einem Elternteil, meist bei der Mutter.

Dieser Beitrag setzt sich mit der rechtlichen Situation von Eltern auseinander, die sich die Betreuung und Erziehung ihrer Kinder und die finanzielle Unterhaltsverantwortung teilen, aber getrennt und gegebenenfalls in neuen Partnerschaften und mit weiteren Kindern leben. Mit dem von ihnen praktizierten Wechselmodell haben sich diese Eltern bewusst gegen eine asymmetrische Verteilung der Unterhaltsbeiträge entschieden, die im Unterhaltsrecht nach wie vor als Regelfall unterstellt wird. Die Frage ist, ob und wie diese Abweichung vom Regelfall im Recht Beachtung findet und welche Verteilung der Unterhaltsbeiträge im Steuer- und Sozialrecht vorausgesetzt wird. Darüber hinaus ist zu diskutieren, wie öffentliche kindbezogene Leistungen und durch ein Wechselmodell verursachte Kosten verteilt werden. Können Eltern, die getrennt voneinander das Kind abwechselnd betreuen, jeweils für sich den Status als »alleinerziehend« beanspruchen und (anteilig oder in voller Höhe) Leistungen für Alleinerziehende erhalten? Können Mehrkosten berücksichtigt werden, die durch das Leben des Kindes an zwei Orten bedingt sind? Müssen in der Folge manche Sozialleistungen sogar erhöht und/oder doppelt an beide Eltern gewährt werden? Dies sind einige der neuen Fragen, die sich durch die zunehmende Häufigkeit des Getrenntlebens von Eltern, die Neuzusammensetzung von Patchwork-Familien und die Ausdifferenzierung der Betreuungsarrangements getrenntlebender Eltern stellen.

## *1 Wechselmodell – Problemfeld und Begriffsbestimmung*

Soziologisch werden drei Betreuungsmodelle unterschieden (vgl. Affeldt 1998: 187): das Domizilmodell, in dem das Kind fest bei einem Elternteil lebt und zum anderen Elternteil viele und auch länger andauernde Umgangs-Kontakte hat, das Wechselmodell, in dem das Kind abwechselnd und zu annähernd gleichen Zeitan-